

Avis 20130142 Séance du 07/02/2013

**Communication des annexes suivantes relatives au contrat de partenariat ayant pour objet la réalisation du contournement ferroviaire de Nimes-Montpellier :**

**1) l'annexe 1 « Prescription et exigences techniques », notamment :**

**1.1) le programme fonctionnel ;**

**1.2) les engagements et les contraintes du site ;**

**1.3) les spécifications techniques ;**

**1.4) l'état de la ligne en fin de contrat ;**

**2) l'annexe 2 « Conception et construction de la ligne », notamment :**

**2.1) le projet de base ;**

**2.2) le niveau de détail (APD) ;**

**2.3) les missions de l'organisme technique indépendant ;**

**3) l'annexe 3 « Calendrier de réalisation de ligne » ;**

**4) l'annexe 4 « Qualité » ;**

**5) l'annexe 5 « Aspects fonciers » ;**

**6) l'annexe 6 « Environnement et développement durable » ;**

**7) l'annexe 7 « Plan de maintenance et de renouvellement » ;**

**8) l'annexe 8 « Objectifs de performance et de disponibilité et pénalités » ;**

**9) l'annexe 9 « Détail des coûts assumés par le titulaire » ;**

**10) l'annexe 10 « Plan de financement » ;**

**11) l'annexe 11 « Concours publics » ;**

**12) l'annexe 12 « Détermination du loyer » ;**

**13) l'annexe 13 « Garantie à première demande » ;**

**14) l'annexe 14 « Communication » ;**

**15) l'annexe 15 « Rapport d'activité du titulaire » ;**

**16) l'annexe 16 « Assurances » ;**

**17) l'annexe 17 « Stabilité de l'actionnariat » ;**

**18) l'annexe 18 « Modèle d'acte d'acceptation de cession de créance professionnelle » ;**

**19) l'annexe 19 « Activités annexes » ;**

**20) l'annexe 20 « Coordination pour la réalisation des jonctions au réseau ferré national » ;**

**21) l'annexe 21 « Passage de la vitesse de la ligne à 300 kilomètres heure » ;**

**22) l'annexe 22 « Tranche conditionnelle pour la réalisation de l'infrastructure ferroviaire de la gare nouvelle de Montpellier et jalons de coordination au titre de la gare nouvelle de Montpellier ».**

Maître XXX XXX a saisi la commission d'accès aux documents administratifs, par courrier enregistré à son secrétariat le 24 décembre 2012, à la suite du refus opposé par le président de Réseau ferré de France, à sa demande de communication des annexes suivantes relatives au contrat de partenariat ayant pour objet la réalisation du contournement ferroviaire de Nimes-Montpellier :

1) l'annexe 1 « Prescription et exigences techniques », notamment :

1.1) le programme fonctionnel ;

- 1.2) les engagements et les contraintes du site ;
- 1.3) les spécifications techniques ;
- 1.4) l'état de la ligne en fin de contrat ;
- 2) l'annexe 2 « Conception et construction de la ligne », notamment :
  - 2.1) le projet de base ;
  - 2.2) le niveau de détail (APD) ;
  - 2.3) les missions de l'organisme technique indépendant ;
- 3) l'annexe 3 « Calendrier de réalisation de ligne » ;
- 4) l'annexe 4 « Qualité » ;
- 5) l'annexe 5 « Aspects fonciers » ;
- 6) l'annexe 6 « Environnement et développement durable » ;
- 7) l'annexe 7 « Plan de maintenance et de renouvellement » ;
- 8) l'annexe 8 « Objectifs de performance et de disponibilité et pénalités » ;
- 9) l'annexe 9 « Détail des coûts assumés par le titulaire » ;
- 10) l'annexe 10 « Plan de financement » ;
- 11) l'annexe 11 « Concours publics » ;
- 12) l'annexe 12 « Détermination du loyer » ;
- 13) l'annexe 13 « Garantie à première demande » ;
- 14) l'annexe 14 « Communication » ;
- 15) l'annexe 15 « Rapport d'activité du titulaire » ;
- 16) l'annexe 16 « Assurances » ;
- 17) l'annexe 17 « Stabilité de l'actionnariat » ;
- 18) l'annexe 18 « Modèle d'acte d'acceptation de cession de créance professionnelle » ;
- 19) l'annexe 19 « Activités annexes » ;
- 20) l'annexe 20 « Coordination pour la réalisation des jonctions au réseau ferré national » ;
- 21) l'annexe 21 « Passage de la vitesse de la ligne à 300 kilomètres heure » ;
- 22) l'annexe 22 « Tranche conditionnelle pour la réalisation de l'infrastructure ferroviaire de la gare nouvelle de Montpellier et jalons de coordination au titre de la gare nouvelle de Montpellier ».

En réponse à la demande qui lui a été adressée, le président de Réseau ferré de France a informé la commission de ce que les documents sollicités, à l'exception de ceux visés aux points 8 à 12 et 17 et 18 couverts par le secret en matière industrielle et commerciale, avaient été communiqués par courrier du 22 janvier 2013.

La commission ne peut, dès lors, que déclarer sans objet la demande d'avis portant sur les documents visés aux points 1 à 7, 13 à 16 et 19 à 22.

S'agissant des annexes qui n'ont pas été communiquées au motif que leur contenu serait susceptible de porter atteinte au secret en matière industrielle et commerciale, la commission a relevé, dans de précédents avis, que les contrats de partenariat constituent une nouvelle catégorie de contrats administratifs définis par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.

En vertu de l'article 1er de cette ordonnance, par ces contrats, l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au

financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Ces contrats sont élaborés en plusieurs phases successives : dans une première phase dite de « dialogue compétitif », les différents candidats envisagent avec la personne publique un moyen de répondre aux besoins exprimés par cette dernière. A l'issue de cette phase, un pré-contrat, incluant le cahier des charges, est proposé par la personne publique à chacun des candidats, à charge pour eux, dans la seconde phase, de le compléter en fonction du montage juridique qu'ils envisagent et des risques qu'ils sont prêts à assumer. C'est après cette phase que chaque candidat élabore son offre définitive, que l'offre économiquement la plus avantageuse est sélectionnée et que le contrat de partenariat est signé.

Le contenu des contrats de partenariat est, par nature, beaucoup plus étoffé que celui des marchés publics, conformément à ce que prévoit l'ordonnance du 17 juin 2004 : ils comportent de nombreuses clauses dans lesquelles sont décrites avec précision les éléments financiers, juridiques, techniques et fonctionnels de l'opération.

Ainsi, le contrat comprend :

- des données relatives à la structuration juridique, financière et à ses conséquences fiscales (il s'agit par exemple des clauses relatives à la fiscalité, à la publicité foncière, aux garanties et assurances, à la modification de l'actionnariat ou encore au plan de financement) ;
- des données relatives aux coûts des travaux, délais et plannings de construction (il s'agit des clauses relatives aux montants des investissements, aux délais d'exécution, au pourcentage des travaux confiés à des PME, à la prise de possession par la personne publique) ;
- enfin, des données relatives aux prix, marges et prises de risque du partenaire privé (il s'agit des clauses relatives aux indemnités, loyers, sanctions, pénalités, clauses résolutoires, résiliation, survenance du terme, augmentation des coûts de financement, effets des modifications imposées par les changements dans la législation, causes légitimes).

Ces informations, qui comportent une très forte valeur ajoutée, reflètent le montage juridico-financier et comptable que le partenaire privé a imaginé et mis au point pour répondre au mieux aux besoins exprimés par la personne publique et traduisent l'inventivité dont il a su faire preuve.

Au regard de ces éléments, la commission considère que si le contrat de partenariat constitue un document administratif et est, à ce titre, soumis au droit d'accès garanti par la loi du 17 juillet 1978 à l'exclusion des mentions couvertes par le secret en matière industrielle et commerciale, ce secret implique d'occulter, dans le contrat lui-même, les mentions qui définissent le montage juridico-financier et comptable ainsi mis au point par le partenaire retenu.

En l'espèce, la commission, qui n'a pas eu accès aux documents sollicités dont la communication a été refusée, constate néanmoins que les annexes portant sur le "Détail des coûts assumés par le titulaire" (annexe n° 9), sur le « Plan de financement » (annexe n° 10), la « Stabilité de l'actionnariat » (annexe n° 17) ou encore le « Modèle d'acte d'acceptation de cession de créance professionnelle » (annexe n°18) sont susceptibles de contenir des informations protégées par le II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978.

Elle émet donc un avis défavorable à leur communication.

S'agissant en revanche des annexes n° 8 « Objectifs de performance et de disponibilité et pénalités », n° 11 « Concours publics » et n° 12 « Détermination du loyer » qui contiennent des informations relatives aux critères permettant à la personne publique d'évaluer l'action du prestataire ainsi que des informations portant sur les concours apportés par des personnes publiques et le montant des loyers versés par Réseau ferré de France au titulaire du contrat, la commission considère qu'il n'y a pas, a priori, de raison justifiant une absence complète de communication.

Elle émet donc, sous les réserves précédemment mentionnées, un avis favorable à la communication des documents visés aux points 8), 11) et 12) .